

---

# DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO ¿DICOTOMÍA O FALSA ANTINOMIA?

*DR. CARLOS E. GUARIGLIA*

Prof. Adj. de Derecho Administrativo

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL INTERÉS DE LA DIVISIÓN. 3. LA NECESIDAD DE FORMULAR UN ENFOQUE DIVERSO.
4. MÁS ALLÁ DE LA IDEOLOGÍA JURÍDICA. LOS PARADIGMAS PROCEDIMENTALES.
5. DICOTOMÍA, SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

Resulta habitual en los textos de Derecho administrativo, encontrar que la ubicación en el ordenamiento jurídico y la definición de tal disciplina, se encuentre precedida de la distinción entre el derecho público y el privado,<sup>1</sup> aconteciendo algo similar en el ámbito del Derecho Constitucional.

También, es frecuente y con razón, acudir a la clásica diferenciación transcribiendo la conocida fórmula del Derecho romano contenida en el *Corpus iuris*<sup>2</sup> de Justiniano la cual expresa : el Derecho público es el que afecta a la utilidad del Estado. El privado el que se refiere a la utilidad de los particulares.<sup>3</sup>

Así nacida la dicotomía ha resultado de interés y estudiada por la Teoría General del Derecho, la Filosofía en general<sup>4</sup> y del Derecho en particular.

Tampoco la sociología y la Filosofía Política han permanecido ajenas a la "*summa divisio*" y desde sus respectivos enfoques también han examinado la cuestión, en rigor, cuando se alude a las diversas corrientes del pensamiento respecto a los fines del Estado.

Tal diversidad disciplinaria, revela que la distinción no conforma una cuestión que se resuelve exclusivamente en el ámbito del Derecho como tal, sino que asimismo atañe a otras ciencias sociales e históricas.

En tiempos recientes en el terreno jurídico distintos autores aún con posiciones teóricas diversas, sostienen que asistimos al surgimiento de un "*derecho nuevo*", radicalmente diferente del derecho clásico, y la doctrina moderna, en ausencia de una expresión adecuada para designar tal fenómeno, se refiere al "*derecho posmoderno*".

En todo caso, el surgimiento del nuevo derecho, no se encuentra desvinculado de los cambios sociales globales de tanta significación que han ocurrido y siguen aconteciendo, lo que reafirma la imposibilidad de examinar en forma separada los sucesos sociales del Derecho en la versión ya sea del positivismo como del normativismo jurídico, tal cual comenzó a pregonarse en especial durante los siglos XVIII y XIX.

Autores conocidos en el terreno de la Filosofía Política o de la sociología, han dedicado su estudio a la conocida división, y en general coinciden que el análisis no puede limitarse al campo estrictamente derivado del positivismo jurídico.

<sup>1</sup> Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. pág. 33. 8va edición puesta al día a 2002 por Daniel Hugo Martins.

<sup>2</sup> Instituciones, I i, 4 Digesto, I.I,i 2.

<sup>3</sup> "*quod ad statum rei romanae spectat.*" "*quod ad singulorum utilitatem*".

<sup>4</sup> Por ejemplo Hannah Arend. La Condición Humana. Paidós. Estado y Sociedad, Cap. II pág. 37. Radbruch. Filosofía del Derecho, pág. 16; Luis Legaz y Lacambra, Filosofía del Derecho, pág. 344, Goldsmidt, Introducción a la Filosofía al Derecho, 6ta. Edición Depalma, pág. 326, por mencionar algunos de estos autores.

En tal caso, se trata de estar a la voluntad del legislador, pero es menester destacar que ella no es neutra, y por lo mismo, tampoco lo es el derecho, por cuanto el acto de voluntad responderá a una situación de conveniencia u oportunidad.

Aún en tal hipótesis, pensamos que el hombre no puede despojarse de su “*ser político*” por lo cual, entre otras razones nos apartamos de la llamada ideología jurídica.

Entre los filósofos políticos que han prestado interés a la mencionada cuestión, encontramos a Habermas<sup>5</sup>, Giddens<sup>6</sup>, Chevallier<sup>7</sup>, Gordillo,<sup>8</sup> Adela Cortina<sup>9</sup>, por citar algunos de los más relevantes.

Es que la distinción entre lo público y lo privado resume la proyección que dentro de un ordenamiento jurídico determinado adopta el binomio Estado-Sociedad. Por tanto, aquella no puede enseñarse exclusivamente en el plano que alude a los criterios en mérito a los cuales es posible justificar la dicotomía,<sup>10</sup> sino que debe partirse examinando el relacionamiento existente entre ambos términos de dicha dualidad.

Es más, la sociedad y el hombre individual poseen ontológicamente un ser igualmente originario, encontrándose relacionados de tal surte que tanto el orden de los valores como el orden social, se descubren fundados en un concepto convergente.

Individuo, sociedad y Estado conforman entonces la trilogía desde la cual resulta posible abordar con un sesgo comprensivo la diferenciación entre lo público y lo privado, si se concluye que ella en realidad existe.

## 2. EL INTERÉS DE LA DIVISIÓN.

Conforme a lo dicho, doctrinariamente se han expuesto diversas posturas que van desde aquellas que individualizan elementos diferenciadores entre ambas ramas del derecho, hasta autores que sencillamente la niegan y no faltan los criterios mixtos que terminan combinando las distintas opiniones como es el caso de Sayagués Laso<sup>11</sup> o Biscaretti di Ruffia, quien comienza reconociendo el valor de la distinción cuando afirma que la misma, suele ofrecer actualmente relieve no sólo en el campo teórico, sino también, y sobre todo, en el práctico.

Partiendo desde una clasificación tripartita ( criterio material, subjetivo y formal ), este autor afirma que los elementos que caracterizan cada una de las posiciones que fundan la distinción, suelen revelarse imprecisos, cuando no insuficientes, cualidad que se supera si se acude a una combinación entre ellos.<sup>12</sup>

En tal sentido, se acude a la teoría del interés, de los sujetos, la denominada teoría del “*derecho obligatorio y del derecho dispositivo*”<sup>13</sup>, la del fin, la teoría de la patrimonialidad que concibe el Derecho privado actuando en la esfera de lo patrimonial y económico o la teoría del Derecho material y formal postulada en particular por parte de la doctrina italiana.

Como es sabido también, cada uno de los criterios distintivos, conlleva su respetiva crítica, al extremo que cuando se examinan los diversos textos, es común encontrar que cada autor luego de exponer el concepto de diferenciación, agrega el cuestionamiento correlativo.

<sup>5</sup> Jürgen Habermas, Transformación estructural de la esfera pública. Investigaciones respecto a una categoría de la sociedad burguesa. 1984.

<sup>6</sup> Anthony Giddens, Consecuencias de la Modernidad. Alianza Editorial. 2001.

<sup>7</sup> Jacques Chevallier, Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. 1998

<sup>8</sup> Agustín Gordillo, La Administración Paralela. Cuadernos Civitas, 2001.

<sup>9</sup> Adela Cortina: Ética Aplicada y Democracia Radical. Tecnos 1997.

<sup>10</sup> Enseña Bobbio que es posible hablar correctamente de una dicotomía cuando nos encontramos frente a una distinción de la que se puede demostrar su idoneidad : a) para dividir un universo en dos esferas, conjuntamente exhaustivas, de forma que todos los entes de ese universo estén comprendidos en ellas, sin ninguna exclusión, y recíprocamente excluidos de forma que un ente comprendido en la primera, no puede estar simultáneamente comprendido en la segunda y b) para establecer una división, que es conjunto total en cuanto todos los seres a los que actual y potencialmente se refiere la materia tienen que estar comprendidos, y principalmente en cuanto tiende a que converjan en ella otras dicotomías que se vuelven secundarias respecto a la misma.

<sup>11</sup> Enrique Sayagués Laso, ob. cit. Pág. 19 y 20.

<sup>12</sup> Paolo Biscaretti di Ruffia. Derecho Constitucional, Editorial Tecnos Madrid 1987, pág. 136 y ss.

<sup>13</sup> Algunos autores encuentran una coincidencia entre la distinción Derecho Público-Derecho Privado y la de *ius cogens* (derecho obligatorio) y *ius dispositivum* (derecho dispositivo)

### 3. LA NECESIDAD DE FORMULAR UN ENFOQUE DIVERSO.

Nosotros no vamos a ingresar en dicho ámbito, porque con ello no estaríamos aportando más que información, la cual con facilidad es posible encontrar en la bibliografía a la frecuentemente se recurre.

Se ha expresado por ello que la mencionada "*summa divisio*", constituye una de las cuestiones más manoseadas por la literatura jurídica de todos los tiempos, al extremo que Royo-Villanova<sup>14</sup> citando a Hollinger, menciona alrededor de 104 criterios que intentan explicar la distinción.

Ello, por sí, resulta más que ilustrativo y justifica la interrogante acerca de si los innumerables elementos diferenciadores empleados, en rigor, pretenden mantener y explicar una clasificación que ha perdido relevancia, manteniendo sólo un valor dogmático.

Por tal razón, pretendemos examinar la distinción desde otra óptica, pero para ello es menester formular ciertas precisiones.

Hemos adelantado que la dicotomía es una especie de gran espacio donde convergen otros pares, tales como : a) Estado-Sociedad; b) gobernantes-gobernados; c) iguales-desiguales; d) ley y contrato y e) justicia distributiva-justicia conmutativa.

En su aspecto teórico e histórico en el Derecho romano, la distinción surgió como una manera de justificar la propiedad privada, en virtud de necesidades propias de la sociedad romana que reconocía, como instituciones principales según todos sabemos la familia, la propiedad y los testamentos.

Por tanto, es posible observar que en el Derecho romano se configuró en sus orígenes una primacía del Derecho privado, la cual luego se extendió al occidente durante unos cuantos siglos.

Como expresa Bobbio<sup>15</sup> la primacía de un derecho sobre el otro, también genera una par dicotómico pero desde un plano axiológico.

En efecto, ambos términos de la antinomia, también asumen un sentido valorativo, y por tanto, cuando se le atribuye un significado valorativo positivo a lo público, por ejemplo, el segundo o sea lo privado, adquiere un sentido negativo y viceversa.

Ello es lo que precisamente ha acontecido en el devenir histórico, donde es posible advertir que las relaciones entre lo público y lo privado han transitado desde una perspectiva axiológica alternando la supremacía del uno sobre el otro y viceversa.

Entonces, más allá de las definiciones y de los criterios de diferenciación entre ambos derechos, nos interesa profundizar en la causa eficiente que explica el ser de la distinción y condiciona su existencia.

Pero aún desde una concepción de análisis que englobe la aludida división dentro del enclave Estado-Sociedad o desde el plano Estado-mercado o todavía política-economía, ello no significa que se desconozcan las soluciones que ha recogido el derecho positivo, el cual alude tanto al derecho público como al derecho privado.

Desconocerlo sería negar la realidad.

Si el ordenamiento jurídico recoge la distinción, es claro que la misma no puede negarse, pero nada impide que indagemos en su causa eficiente porque aún, cuando la división integre el derecho positivo, ello no supone que técnicamente sea exacta, máxime cuando el esfuerzo delimitador ha sido tan elocuente que lejos de arrojar claridad, ha instalado tanta perplejidad lo cual no ha acontecido con ninguna otra antinomia en el campo del Derecho.

Se podrá aseverar, que precisamente ella constituye la piedra angular, puesto que si no tenemos claros los criterios diferenciadores, mal podemos avanzar en el estudio de las instituciones jurídicas por cuanto carecemos del fundamento atento al cual verificamos su ubicación dentro del ordenamiento jurídico.

Y precisamente, esa es la primera conclusión la cual no por evidente puede dejar de expresarse.

A nuestro juicio, no existe fundamento técnico admitido por la Ciencia del Derecho, que permita concluir que la distinción se justifique, más allá del concepto de unidad del orden jurídico.

No dudamos en aceptar que el derecho es orden de la conducta humana, de la misma forma que el Estado también es orden que legitima el poder al que se encuentran sujetos los hombres.

Pero ocurre, que no admitimos en cambio examinar "*lo público y lo privado*" como expresiones aisladas que por ejemplo, inducen a otras nociones como : notorio, patente, vulgar, común, pero también "aplicase a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado".<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Antonio Royo.Villanova, Elementos de Derecho Administrativo. Puesta al día por Segismundo Royo-Villanova, 1965.

<sup>15</sup> Norberto Bobbio, Estado, Gobierno, Sociedad. Contribución a una teoría general de la política, 1987, pág. 20.

<sup>16</sup> Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, refiere a público. c.a. "del latín *publicus*. adj.

Como podrá observarse, si la noción aislada, no es suficiente – no obstante resultar un medio de indagación - tampoco puede prescindirse del otro vocablo que integra el concepto, lo que nos traslada a la idea misma de Derecho.

Pero allí se vuelven a reproducir las dudas cuando se pretende responder a la pregunta : ¿qué es el derecho?

Es la interrogante que desata como expresa Nino<sup>17</sup> el mayor escozor y desorientación entre los juristas.

Con ello queremos destacar que si en el plano teórico la propia noción de Derecho genera posturas diversas, ello ya está marcando una dificultad de origen cuando además se pretende ingresar a las distintas disciplinas que lo integran por razón de especialización.

Entre otros motivos, tales complejidades han llevado a afirmar que en rigor es necesario no avanzar más allá de lo didáctico, reconociendo que con ello se simplifica el problema el cual queda reducido a una cuestión pragmática.

Paradójicamente, se reproducen las mismas cuestiones que se plantean cuando se ingresa a la dicotomía, público-privado.

Radbruch<sup>18</sup> afirmó que los conceptos de Derecho público y Derecho privado no son conceptos jurídico-positivos que pudieran faltar sin inconvenientes en un orden jurídico positivo determinado, sino que preceden lógicamente toda experiencia jurídica y poseen validez previa a ésta, de donde son pues, conceptos jurídicos apriorísticos.

Stammler y Del Vecchio, aseveran también que existe un concepto de derecho que es anterior a cualquier dato jurídico-positivo, lo que nos hace penetrar en otro de los grandes temas de la filosofía jurídica : el Derecho natural.

En otro esfuerzo por distinguir el Derecho público del privado, se ha dicho que tal división se encuentra precedida de otra que diferencia entre el derecho como conjunto de normas y el derecho como ciencia, de donde se hace posible considerar la existencia de una ciencia del Derecho público por un lado y la ciencia del Derecho privado por otro.

Casualmente Cossio, autor de la teoría egológica, observa que no existe una filosofía del Derecho sino una Filosofía de la ciencia del Derecho que hace del tema ontológico una cuestión esencial.

Derecho natural y Derecho positivo, jusnaturalismo y positivismo, también tienen particular incidencia en la dicotomía, como acabamos de ver.

Hans Kelsen<sup>19</sup>, nos enseña que la Teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo. Se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general y no de una teoría sobre un orden jurídico específico, y al caracterizarse como “pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico.

Messner<sup>20</sup> por su lado, asevera que el Derecho es el orden de las relaciones sociales que se encuentra en armonía con los fines existenciales del hombre.

Es más, para la doctrina iusnaturalista no puede haber duda acerca de que si el Derecho natural posee una relación estrecha con la naturaleza del hombre y su modo de operar es propio de su naturaleza, no puede existir a la larga evidentemente ningún orden jurídico y social positivo que no realice en medida considerable el Derecho natural. Por tanto, es indiscutible para Messner que el Derecho positivo encierra en sí mismo Derecho natural, aunque no en su plena realización, porque la ley natural cuando se positiviza, como ha sostenido siempre la doctrina tradicionalista del iusnaturalismo, se encuentra disminuida en su eficacia

En todo ello se encuentran por supuesto involucrados temas tales como el origen, esencia, condicionamiento histórico, social, y fin del Derecho los cuales son el objeto de estudio de la Filosofía del Derecho y la Teoría General del Derecho, entre otras disciplinas.

Entonces, si bien es claro en nuestro concepto que la distinción entre ambos derechos ha sido recogida por el ordenamiento jurídico positivo siendo empleada en diversos actos regla y se utiliza asimismo verbigracia en el orden de clasificación de los planes de estudio, tiene como toda acepción un significado fuera del ámbito del Derecho.

Pero también es claro que la base conceptual sobre la cual se apoyan los múltiples criterios diferenciadores para explicar la dicotomía, no conforma un fenómeno estático, sino que por el contrario, se modifica, adapta

<sup>17</sup> Carlos Santiago Nino. Introducción al Análisis del Derecho. Ariel, 10ª edición, 2001, pág. 11.

<sup>18</sup> Gustavo Radbruch, Filosofía del Derecho, pág. 16.

<sup>19</sup> Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho, pág. 15 y ss.

<sup>20</sup> Johannes Messner Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural, pág.

o ajusta de acuerdo con la evolución de las instituciones jurídicas que integran cada una de esas disciplinas, en un contexto histórico determinado.

Ya no es posible aplicar la fórmula de Ulpiano en el mundo contemporáneo, porque a lo largo de los siglos se han producido cambios de tal trascendencia que cada vez se hace menos visible la ya delgada frontera existente entre los dos términos de la antinomia.

Por lo pronto, ello no puede constituir ninguna novedad porque como hemos expresado, la dicotomía representa una especie de polo de atracción donde convergen también otras antítesis tradicionales: Estado-Sociedad o política y economía; gobernantes y gobernados, iguales y desiguales, justicia distributiva y justicia conmutativa, las cuales configuran manifestaciones dinámicas sometidas por ende a transformaciones inherentes a la permanente búsqueda de bienestar a que se encuentra sometido el individuo.

En otra ocasión<sup>21</sup> expresamos que cada “*modelo de Estado*” queda diseñado conforme al balance que tensiona el espacio de la libertad con el ejercicio de la libertad. Por consiguiente, los calificativos que acompañan cada modelo (liberal, social, de fomento, regulador, e providencia, de bienestar, etc.), trasuntan reacciones ante las demandas de la sociedad civil, de donde el relacionamiento se altera desde la visión del *Estado mínimo* y el ancho espacio de acción de la sociedad civil, pasando por un *Estado conformador del orden económico y social, que reduce la esfera de acción de la sociedad civil*, concluyendo en lo que algunos autores denominan “*el Estado de Justicia*”<sup>22</sup> el “*Estado democrático social*” o el “*Estado subsidiario*”

Por tal motivo, desde el momento que aludimos a otros pares antitéticos, asumimos que se dan las condiciones que requiere Bobbio para configurar una dicotomía, según lo hemos señalado y, en especial el referido al Estado y la sociedad, razón por la cual lejos estamos de la concepción marxista-hegeliana que subsume la sociedad en el Estado y luego concluye en su desaparición

Dicha dualidad impide que se verifique la absorción de un término por el otro y viceversa. Por ello, ambos se requieren y complementan. Del modo cómo se instrumenten los requerimientos y verifiquen los complementos, dependerá que haya más o menos Estado, más o menos sociedad, o lo que es lo mismo: más o menos autoridad, más o menos libertad.

De suerte entonces, la antinomia derecho público-derecho privado, se vuelve polifacética, confluyendo en ella otras divisiones que impiden se pueda formular un estudio “*puro*” al estilo kelseniano, porque si algo ha quedado demostrado es que la dicotomía carece de una sustancia ontológica, a nuestro juicio razón inequívoca que justifica transitar por otros caminos.

Si el comienzo se trasunta a través de un acto volitivo del individuo que por responder a razones de conveniencia u oportunidad, no es neutro ni puede serlo y del cual emerge la regla de derecho, examinar su “*ser*” es conformarnos con el producto sin indagar en *su causa* y esa es una de las razones – no la única – que dificulta notoriamente la aceptación de cada uno de los criterios que se proponen.

#### 4. MÁS ALLÁ DE LA IDEOLOGÍA JURÍDICA. LOS PARADIGMAS PROCEDIMENTALES.

Conforme con lo expuesto, nos parece evidente que la distinción entre el derecho público y el derecho privado no es posible explicarla a partir de la norma jurídica solamente, porque resulta imposible arribar a un concepto unívoco en razón del cual sea posible fundar la naturaleza de la diferenciación.

Thomas S. Kuhn,<sup>23</sup> destacando la gran dificultad para descubrir las reglas particulares que han guiado a la ciencia normal, desarrolla una teoría que tiene por objetivo demostrar las rupturas que se verifican en el desarrollo del pensamiento científico.

Entiende que el conocimiento científico no se desarrolla en forma lineal, de modo que la formación de un nuevo paradigma tiene el valor de romper con el pensamiento hegemónico anterior, mediante la creación de nuevos conceptos y preceptos que resultan consensualmente aceptados en un momento dado en una sociedad dada.

Por su lado Habermas, define al paradigma como las imágenes-modelo que una determinada comunidad jurídica asume a fin de determinar cómo pueden ser realizados los sistemas del derecho y los principios del Estado de Derecho en un contexto dado de una sociedad determinada.

<sup>21</sup> Carlos E. Guariglia. Misión y Visión del Estado Contemporáneo. El reto de la responsabilidad. Pág. 236.

<sup>22</sup> Adela Cortina, Ciudadanos del Mundo. Hacia una Teoría de la Ciudadanía. Editorial Alianza, Madrid, 2001, Pág. 84.

<sup>23</sup> Thomas S. Jun. La estructura de las revoluciones científicas. Brevarios. Fondo de Cultura Económica, pág. 85.

Y en tal sentido, distingue tres paradigmas de derecho: a) el derecho formal burgués; b) el derecho del Estado social y c) Estado democrático de Derecho al cual denomina paradigma procedimental del derecho.

Desde la visión paradigmática volvemos al Estado liberal burgués y al Estado Social de Derecho y es claro que si el Derecho Administrativo es parte del Derecho público, cumpliendo un rol instrumental, también su ámbito quedará delimitado por el modelo de que se trate. A mayor Estado, más Derecho Administrativo; a menor Estado, menos Derecho Administrativo.

Así ha sucedido históricamente.

Aludiendo a la dicotomía, Habermas expresa que desde el punto de vista dogmático se parte de la premisa de separación del Estado y la sociedad y se continuó con la referida distinción expresando que el objeto del derecho privado es organizar y despolitizar la sociedad económica e impedir la intervención del Estado, garantizando la libertad negativa de los sujetos jurídicos así como el principio de la libertad jurídica. En tanto el derecho público, al contrario fue el producto de una división de trabajo en la esfera del Estado autoritario perteneciente al "*Ancien Régime*" estableciendo un freno sobre la Administración que aplicaba prácticas de intervención. Pero al mismo tiempo, el derecho público actuaba para garantizar por esa vía la protección jurídica de los individuos.

Hannah Arendt<sup>24</sup>, nos marcar el rumbo hacia el cual debe encaminarse la cuestión del título.

Luego de observar que la distinción entre la esfera privada y pública de la vida corresponde al campo familiar y al político, que han existido como entidades diferenciadas y separadas al menos desde el surgimiento de la antigua ciudad-estado, afirma que la aparición de la esfera social, que rigurosamente hablando no es pública ni privada, sino un fenómeno relativamente nuevo cuyo origen coincidió con la llegada de la Edad Moderna, cuya forma política la encontró en el concepto de nación-estado.

Y a continuación agrega: "lo que nos interesa en este contexto es la extraordinaria dificultad que, debido a este desarrollo, tenemos para entender la decisiva división entre las esferas pública y privada, entre la esfera de "*la polis*" y la de "*la familia*", y, finalmente, entre las actividades relacionadas con un mundo común y las relativas a la conservación de la vida, diferencia sobre la cual se basaba el antiguo pensamiento político, como algo evidente y axiomático."

"Para nosotros – continúa – esta línea divisoria ha quedado borrada por completo, ya que vemos el conjunto de pueblos y comunidades políticas a imagen de una familia cuyos asuntos cotidianos han de ser cuidados por una administración doméstica gigantesca y de alcance nacional...la emergencia de la sociedad –el auge de la administración doméstica, sus actividades, problemas y planes organizativos – desde el oscuro interior del hogar a la luz de la esfera pública, no sólo borró la antigua línea fronteriza entre lo privado y lo político, sino que también cambió acaso más allá de lo reconocible el significado de las dos palabras y su significación para la vida del individuo y del ciudadano."

El pensamiento de Arendt, nos conduce a la causa eficiente de la división.

## 5. DICOTOMÍA, SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN

La tradicional concepción del Derecho como unidad, integrada por diversas disciplinas diferenciadas por razón de especialidad, aplicable a un conglomerado social, mantiene su valor, pero el Estado-nación que lo recubre y comprende se encuentra en franca decadencia.

Debilitado por el poder de las corporaciones transnacionales, así como de las organizaciones internacionales, fenómeno que se agudiza por los efectos que produce la globalización económica, el Estado-nación ha sufrido tal grado de erosión que ha concluido en una nueva realidad donde como expresa Ohmae<sup>25</sup>, las fronteras se vienen abajo en un mundo sin fronteras, dando paso a una *civilización transfronteriza*.

El tradicional concepto de soberanía ya no es el mismo.

¿Es posible insistir en la dicotomía si como afirma Cassese<sup>26</sup>, durante el último cuarto de siglo se han registrado cambios de tal significación que hemos pasado desde la soberanía estatal sobre la economía a la soberanía de la economía por sobre el Estado.?

¿Cómo es posible detenernos en la mención de los diferentes criterios que se han preconizado para distinguir el derecho público del privado, cuando la noción de soberanía vinculada al Estado-nación, se ha visto desplazada por la llamada *soberanía compartida que engloba niveles institucionales diversos, con un desa-*

<sup>24</sup> Hannah Arendt. La condición Humana, ob. cit. pág.

<sup>25</sup> Kenichi Ohmae, El fin del estado-nación. Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997, pág. 15 y ss.

<sup>26</sup> Sabino Cassese. La Crisis del Estado. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, pág.63.

*rollo descomunal del Derecho comunitario, donde las decisiones nacionales han quedado superadas por las supranacionales?*

Podemos, como atenuante, admitir que los fenómenos descriptos no son propios de los países desarrollados y más bien afectan a los que se encuentran menos desarrollados, lo cual si bien es cierto, también tiene un grado de relatividad, porque en las naciones desarrolladas, operan las corporaciones transnacionales y vaya si tienen incidencia en la nueva sociedad del conocimiento.

Con acierto, enseña Brito<sup>27</sup> que la dicotomía transita y convoca hoy desde la perspectiva y el quehacer del desarrollo económico, inmerso en la globalización económica y el consiguiente reduccionismo jurídico al Derecho de las relaciones económicas, frecuentemente con visión economicista.

La globalización en su faz económica y como consecuencia del poder que paulatinamente ha ido perdiendo el Estado-nación, por la pérdida de su soberanía económica, ha derivado ya no en una amenaza sino en una notoria fragilidad del Derecho interno.

En efecto, asistimos al reduccionismo jurídico al que alude Brito, en beneficio de la economía cuántica que parece ya no es más una ciencia social al servicio del hombre, y quienes son sus mentores han olvidado las sabias palabras de Jouvenell cuando afirma: *“que la economía como ciencia es incapaz de explicar toda la realidad social, e incluso de dar cuenta de todos los fenómenos que se producen en su propio terreno... justifica la actividad reguladora de la Bolsa, pero no se preocupa de saber a qué temperamentos atrae ni qué caracteres desarrolla. Es una ciencia valiosa –acota –pero montada sobre una sicología falsa que considera al hombre como una masa puntual movida por la sola fuerza del interés.”*<sup>28</sup> De ahí, que el punto de vista economicista sea el último desde el que se perciben las desarmonías sociales. Éstas tienen que afectar a las adaptaciones cuantitativas para que el economista las tome en consideración.

Pero además, todo ello ha afectado al Derecho en general y al Derecho Administrativo en especial en tanto el Derecho administrativo interno ha seguido la misma suerte que el Estado-nación, el cual en su proyección globalizadora tiene un alcance político-institucional como vimos y en la medida que el procedimiento interno de producción de las normas jurídicas, se ha visto desplazado por un ordenamiento jurídico supranacional, con particular incidencia de las corporaciones transnacionales, que a la vez ha permitido el surgimiento de la denominada *“regulatory competition”*, fenómeno nacido como producto de la adaptación del derecho interno de determinados países a las exigencias provenientes de tales organizaciones. A su vez, tal adaptación, es el paso previo a fin de que luego sea posible producir una verdadera competencia entre ordenamientos jurídicos nacionales.

Que lejana nos parece la añeja polémica acerca de los criterios que justifican la dicotomía si leemos el Artículo I-12 del Proyecto de Constitución para la Unión europea : *“Cuando la Constitución atribuya a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión.”*

Hoy, la huída es del Derecho interno sujeto a la globalización económica, cultural, social, y político-institucional, donde el mismo concepto de Estado de Derecho ha asumido una nueva dimensión tal cual asevera Chevalier : *“ se ha forjado una nueva doctrina del Estado de Derecho, una doctrina que, librándose radicalmente de las doctrinas construidas por los juristas y de las expresiones del Derecho positivo, utiliza el concepto de Estado de Derecho para definir y caracterizar un tipo particular de Estado y contribuye al mismo tiempo a asegurar su legitimidad. El concepto de Estado de Derecho no es en efecto en esta perspectiva, un simple referente histórico, sino más bien, un potente operador ideológico: su buena fundamentación, dependerá del grado de su sujeción al derecho.”*<sup>29</sup>

Pero además – se ha dicho – la posmodernidad significa que todo derecho es relativo, que existe una heterogeneidad y complejidad de fuentes creadoras de normas jurídicas y que se impone el pragmatismo, la flexibilidad y la adaptación.

Se comparta o no tal aserto, la realidad nos muestra un mundo cambiante al extremo que las mutaciones sociales son tan vertiginosas, que a veces ni siquiera son advertidas por el Derecho y cuando lo son, las mismas se han transformado nuevamente.

Entonces no es el momento de preocuparse por la dicotomía sino de otras cosas.

<sup>27</sup> Mariano Brito, *¿Derecho Público y Derecho Privado?, Opción Adversativa o Regulación Concurrente*, en *Derecho Administrativo. Su permanencia- Contemporaneidad- Prospectiva*, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho año 2004, pág. 273

<sup>28</sup> Bertrand De Jouvenel. *Sobre el Poder. Historia natural de su crecimiento*. Unión Editorial, pág. 475.

<sup>29</sup> Citado por Juan-Cruz Alliaranguren. *Monografías. Derecho Administrativo y Globalización*. Civitas, 2004, pág.164.

Asistimos a una coexistencia “local” y “global”, como le llama Pareja Alfonso<sup>30</sup>, donde antes que nada debemos de comprender la realidad para luego entender su regulación. Se dirá que esto ha sido siempre así. No lo dudamos. Pero los fenómenos actuales son distintos porque si siempre ha estado en juego la dignidad del hombre, hoy con mayor razón debemos permanecer alertas.

Lipovetsky<sup>31</sup>, nos dice que el hombre está inserto en la “*edad del deslizamiento*” y sometido a otros retos que involucran sus hábitos de vida, generando un individualismo exacerbado que en confluencia con el consumismo masivo modela el surgimiento de una nueva lógica que en las sociedades democráticas avanza denominada *proceso de personalización*.

La cuestión no reside en distraernos con la distinción, sino entender que en el mundo contemporáneo, la línea divisoria entre ambos derechos es cada vez menos visible.

El derecho interno no ha sido ajeno a todo este proceso

El paradigma estatal correspondiente a cada tipo estatal ha incidido en la dimensión del Derecho administrativo interno y externo como hemos visto.

Nuestro Derecho administrativo no fue ajeno a todo este proceso y así lo público y lo privado, lo estatal y lo no estatal han sido objeto de significativos estudios desde que Sayagués acuñara la categoría de la persona jurídica pública no estatal.

A partir de allí, en forma pacífica se superó el criterio que identificaba los conceptos de persona pública con estatal, razón por la cual se comenzó a distinguir entre personas públicas y privadas, así como entre personas estatales y no estatales.

Se afirmó entonces que la división entre personas públicas y personas privadas, no puede fundarse en su calidad de estatal o no, sino que debe estarse al régimen jurídico que las rige, de donde si se rigen principalmente por el Derecho público, serán públicas; por el contrario, si su regulación corresponde primordialmente al Derecho privado, serán privadas.<sup>32</sup>

Por el contrario, la división entre personas jurídicas estatales y no estatales, se vincula con su pertenencia o no a la organización jurídica de la colectividad, que por ende comprende a todas las entidades estatales cualquiera sea su categoría, concepto que recoge una de las tres acepciones asignadas a lo estatal.

Obsérvese, que la diferenciación entre personas públicas y privadas no obedece a un criterio tajante donde lo público desplaza totalmente a lo privado o a la inversa, lo privado prevalece en forma absoluta sobre lo público.

Puede haber – y en los hechos existe – que la persona jurídica se encuentre regulada por el derecho público, pero también la misma admita una zona de aplicación del derecho privado y viceversa.

Por consiguiente, no se trata de un concepto exclusivo ni excluyente, sino en todo caso complementario, todo lo cual depende del contexto histórico en el cual se desarrolle el paradigma estatal.

La tipología que elabora Delpiazzo,<sup>33</sup> en nuestra opinión recoge esta característica cuando formula con toda claridad la distinción entre : a) entidades públicas estatales; b) entidades públicas no estatales; c) entidades privadas estatales y d) entidades privadas no estatales.

Lo mismo, puede afirmarse en relación con las sociedades de economía mixta en sus dos modalidades de acuerdo con la descripción del art. 188 de la Constitución.

En especial, la participación del Estado<sup>34</sup> en emprendimientos de carácter privado que perfila la figura de la sociedad de economía mixta de derecho privado, es otra muestra de la debilidad de que adolece la diferenciación.

Más recientemente, las llamadas figuras asociativas, conforman otro ejemplo en tanto que diversos entes del dominio industrial y comercial del Estado, pueden adquirir acciones de sociedades anónimas, asumiendo todo o parte del paquete accionario, constituyendo una verdadera conjunción de aportes provenientes de fondos públicos con recursos de entidades privadas.

Incluso, el artículo 138 del TOCAF refiere a los Organismos, Servicios o Entidades no estatales que perciban fondos públicos o administren bienes del Estado, locución que por su amplitud por lo menos genera la duda acerca si sólo resulta comprensiva de las personas públicas no estatales.

<sup>30</sup> Luciano Pareja Alfonso: Crisis y Renovación en el Derecho Público, pág. 15.

<sup>31</sup> Gilles Lipovetsky, La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo. Anagrama, pág. 13.

<sup>32</sup> Enrique Sayagués Laso, Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas, en Rev. de Derecho Público y Privado, Año VIII, Nro. 83, pág. 259 y ss.

<sup>33</sup> Carlos E. Delpiazzo, Actividad Empresarial del Estado, en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Tomo VII N° 39, pág. 213 y ss.

<sup>34</sup> No ingresamos a la cuestión del significado del vocablo Estado asignado por el constituyente.

Por consecuencia, ya sea se tome el criterio de la norma reguladora, como la pertenencia o no al Estado, las combinaciones que surgen de ambos criterios, no hacen más que reducir la frontera entre lo público y lo privado.

En resumen:

1. Los cambios estructurales acaecidos en las sociedades, por su trascendencia innovadora potenciada ésta por el fenómeno de la mundialización, torna imposible investigar el fenómeno jurídico en forma aislada, marginado del resto de los hechos sociales con sus connotaciones políticas, económicas y por supuesto éticas.
2. La dicotomía históricamente, se encuentra imbuida de atributos axiológicos que evidencian la supremacía del uno sobre el otro de acuerdo con los contextos socio-políticos existentes: la primacía en determinada época de lo privado sobre lo público y viceversa.
3. Ella es el polo convergente de otras divisiones tradicionales : Estado- Sociedad; gobernantes-gobernados- igualdad-desigualdad- justicia distributiva-justicia conmutativa, en fin, política-economía, lo que reafirma el aserto realizado en apartado 1.
4. No está demostrado técnicamente a nuestro juicio que la distinción sea exacta. Si Hollinger encontró 104 criterios diferentes, ello es prueba por demás suficiente para demostrar su imprecisión.
5. Si la distinción tiene además un carácter histórico pero además contingente, resulta prácticamente imposible demarcar una frontera que nos permita afirmar a priori que para determinada sociedad en un momento histórico también determinado ciertas materias serán regidas por uno u otro derecho. Y a posteriori, habrá que examinar el grado de entrecruzamiento entre ambos derechos a fin de determinar su nivel de primacía.
6. Es claro que el Derecho positivo emplea ambas categorías. Ante tal realidad, sólo es posible intentar una caracterización acudiendo a determinados institutos que no se conciben sino formando parte del Derecho público y tal será el caso de aquellas relaciones en que participe el Estado considerado como comunidad.
7. Detenerse en los criterios de diferenciación es una tarea inocua. La discusión previa refiere al surgimiento del nuevo derecho o derecho posmoderno. Sus implicancias desbordan la división tradicional conformando una respuesta a nuevas necesidades : mayor participación a través del ejercicio de una ciudadanía ética; más justicia ; más eficacia en el ámbito de una economía de mercado triunfante pero que ha dado lugar a otra dicotomía más trascendente : libertad-necesidad.
8. La línea divisoria entre ambas ramas del Derecho es cada vez menos visible, razón por la cual los criterios de distinción mantienen solamente un interés didáctico pero no esencial , en tanto se carece de un fundamento ontológico aceptable.
9. Para ello, han incidido de manera crítica la acción de las corporaciones transnacionales, y la globalización económica, social, cultural, política-institucional, financiera, etc. La dependencia de los países de menor desarrollo con los organismos multilaterales de crédito y organizaciones internacionales que por añadidura sólo disponen de una legitimación democrática indirecta producto de los Estados que forman parte de ella.
10. Se ha producido el fin de la soberanía económica del Estado. En su lugar, ha prevalecido la soberanía de la economía sobre el Estado.
11. La cuestión no está en detenerse en los criterios diferenciadores de la dicotomía, aceptados o no, sino en comprender los cambios estructurales formidables que han transformado al Derecho y por supuesto al Derecho administrativo, como consecuencia de la extinción del Estado-nación.
12. Rudolf Von Ihering, lo expresó con genial sabiduría : el Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis: el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además demostrar el camino que a él conduzca.
13. Si el Derecho cambia, ello también debe suceder con el Derecho Administrativo, propiciando como lo hace Brito por ejemplo la necesaria revisión de categorías del Derecho Público afirmadas desde el ángulo de la emisión de una voluntad imperativa y obligatoria.<sup>35</sup>
14. Es menester plantearse cómo adaptar el Derecho Administrativo a la nueva realidad: ¿en un mundo globalizado, es posible un Derecho administrativo global?
15. Por lo pronto, hay material suficiente: el calentamiento del planeta, la contaminación ambiental, el debilitamiento de la capa de ozono, etc.

<sup>35</sup> Mariano Brito, ob. cit. pág. 282.

16. Y habrá que ponerse de acuerdo ante el derecho posmoderno y global respecto a la forma cómo articular sus relaciones, sujetos, competencias, naturaleza de sus actos, validez y eficacia, responsabilidad. Un ejemplo ilustrativo es el proyecto de Constitución de la Unión Europea.
17. Asistimos a un nuevo equilibrio entre el Estado y la sociedad por lo dicho supra. Los cambios tecnológicos son vertiginosos, la consolidación de la sociedad del conocimiento nos enfrenta a nuevos desafíos que nos conducen de nuevo a la interrogante: ¿cual Estado Social de Derecho ? No es lo mismo el Estado Social de las naciones desarrolladas que el de las de menor desarrollo, la mayoría asfixiadas por su deuda externa.
18. La dicotomía en términos crudos pero realistas es : eficacia-ineficacia y todo ello sin menoscabar la democracia porque el exceso de autoridad mata a la libertad y el desborde de la libertad conspira contra los derechos fundamentales del hombre y termina fulminando al Estado.
19. La antinomia planteada en términos históricos, transforma la ambivalencia en utopía.